

《論説》

末弘民法学とリアリズム

高 嶋 平 蔵

1 序論

法学の本質や性格、方法についての理論の変化は、必ずしも直線的に、順序を踏んで展開していくわけではなく、諸説の複雑な共存や絡み合いによって、前進や後退を繰り返していくものようである。たとえば、概念法学の隆盛からその批判、反省というような転換も、けっして単純な移行の図式で割り切ることはできなかった。これは実証的な法理論の受容についても同様である。すでに明治の終わりから大正の始めにかけて、デュギーの実証主義などが受け入れられ、単なる概念操作をもって満足する態度に対してきびしい批判が加えられていたが、その後、実証的態度がさらに精錬されていく一方、いわゆる概念法学的な方法との戦いは止むことなく継続し、戦後になっても、来栖教授などの問題提起によって、法学者たちは、あらためてその態度についての反省を要求されることになった。してみると、新しい法思想が果たした役割、その法学史における意義を明らかにするためには、いつも、そういう思想に基づいた法理論の限界、それが批判した理論との併存を許した事情はなんだったかという視点から、この新思想を検討してみることが必要となるであろう。

こういう関心から、筆者は、本誌の前号において、日本の民法学がヨーロッパの法思想、とくに実証主義の影響を受けることによって、どのような転換を遂げたか、実証主義的な法思想はこの転換についてどんな限界に直面したか、伝統的な法学とどのように妥協してその地位を継続させたかなどの問

題を考えた。そして、論文の結論の部分で、この時代に接続する新たな民法学の転換を検討するために、末弘巖太郎博士や我妻栄博士の法理論をとりあげる必要があることを指摘しておいた。⁽¹⁾ 本稿では、とくに、実証主義との接続という視点から、リアリズムの法思想を展開させた末弘博士の場合について、この問題を追及してみたいと思う。

なお、末弘博士の問題提起は、法学全般にわたっているが、ここでは、前稿と同様の趣旨から、重点を民法学に絞り、末弘民法学を主な対象として、⁽²⁾ 考えていくことにする。

(1) 拙稿「日本民法学の転換と西欧法思想」比較法制研究20号1頁以下。

(2) 拙稿・同論文（同書3頁）。

2 末弘民法学のリアリズム的要素

アメリカにおいて、1920年代から1930年代にかけて、リアリズムと呼ばれる法思想が盛んとなったが、それはつぎのようなものであった。「伝統的な概念法学の形式論理を批判し、法的判断の基礎と考えられている準則が、真に基準となっているのかに対して懐疑の目を向け、法的安定性ということは幻想にすぎないとし、さらにその一部の人は、法的判断の基準となる事実認定の客観性にも疑問を提起した。Legal realism の提唱者は、このような立場から、判決の下される過程における事実の認定、準則の役割を心理学、社会学、経済学、政治学など社会科学の知見を活用して分析することを主張した」。⁽¹⁾ いまここで問題にしようとするリアリズムは、まさにこのような法思想である。

末弘博士が、日本の民法学に、新たなそして大きな転換をもたらしたことは、よく知られているところだが、末弘民法学の基底となっていたのは、やはりこのリアリズム的な法思想であったといってよい。博士は、伝統的な法学の方法をはげしく批判し、裁判官による法の創造という事実を強調して、判例研究の重要性を指摘し、ケース・メソッドの意義を高く評価し、解釈や

立法において、社会科学の成果を利用する方法を説き、実用法学を、基礎的な科学の成果を利用する、工学類似の技術学として位置づけた。その態度は、たしかにリアリズムの法思想に合致するのである。

もちろん末弘博士は、単にリアリズムの法思想を祖述したわけではなく、その構想は独創的なアイデアに富んでおり、博士の理論のすべてが、リアリズムの全思想に重ね合わせられるものではない（この差異こそ、当面の問題なのである）。しかしそのことは末弘民法学のリアリズム的な性格を妨げるとはいえないのである。

ルウェリンは、リアリストが、とくに学派というものを形成することなく、ただ彼らが共通の出発点をもつことによって、そう呼ばれるにすぎないことを指摘している。そしてこのような出発点として、法の流動性、変動性、司法による法の創造の承認、社会的目的を達成する手段としての法概念を形成すること、法を変動する社会への適応性において検討すること、Is と Ought とを、研究目的のために一時的に分離すること、伝統的な法の原則や概念に対する不信などをあげている。⁽²⁾

このようにみえてくると、末弘民法学を、リアリズムの思想に拠って、日本の学界に大きな転換をもたらしたものとして位置づけることが、ひとまず承認されてよいであろう。

そうすると、ここでは、つぎのような問題が提起されてくることになる。第一として、博士の民法学が、それに先立つ実証主義の受容とどのように接続されてくるのか、また当時の法学と比べて、どの点に特色を示すのかが検討されるべきである。また第二は、末弘博士の推進した転換にもかかわらず、前述のように、その後も伝統的な法学の持続をみるのだが、その事実は、博士のリアリズムの内容とどのような関係にあるのかという問題である。⁽³⁾これらの問題は、デュギーの実証主義の受容の場合と同じく、末弘民法学におけるリアリズムの限界や、アメリカでのリアリズムとの差異を見いだすことによって、ある程度明らかにされられると思われる。

このような視点に立って、以下、末弘博士の法思想を検討していくが、そ

の方法として、リアリズムとの関係において、博士の法思想を特徴づけるいくつかのテーマをとりあげ、その各々について、リアリズム的要素を確かめ、アメリカ思想としてのリアリズムとの対比をこころみていくことにする。

- (1) 田中英夫編「英米法辞典」509頁。なおリアリズムにつき、高柳賢三「米英の法律思想」76頁以下。Brian Leiter, "Legal realism," A Companion to Philosophy of Law and Legal Theory, ed, Dennis Patterson, 1996, pp, 261 ff. 等。
- (2) Karl N. Llewellyn, Jurisprudens-Realism in Theory and Practice, 1962, pp, 53-57.
- (3) 末弘博士は、いろいろなところで、伝統的な法学の方法が存在したり、復活したりすることを嘆いている。たとえば、判例研究につき、つぎのように発言している。「話は少し飛ぶが、例の民事法判例研究会のできた当時の話を少し。……あれから最近に至るまで判例研究が非常に流行しましたが、私共が民事判例研究会を作った当時の熱烈な気分はその後だんだんに薄らぎましたね……」（日本評論社編集部編「日本の法学—回顧と展望—」105頁）。「この会（民事判例研究会—筆者）は裁判所に対しては勿論、学界に対してもかなりの影響を与えたと思うけれども、年がたつにつれて初めの根本態度は必ずしも一般に徹底せず会そのものの仕事もだんだん特色を失っていったように思われます」（同書106頁）。

3 末弘博士の法思想とリアリズム

(1) 判例研究の問題

末弘博士の理論が、従来の実証主義的な法理論と比較して、大きく異なっている点は、判例の重視、したがってまた、判例研究の意義の強調であった。たしかに以前の実証主義的法思想においても、観念的な法の世界のみに閉じこもることなく、社会の現実を重視すべきことが説かれていた。しかしそれにもかかわらず、判例の中に社会の実情に応ずる法の創造がおこなわれていることは、十分に自覚されず、そこで構想されていたのは、むしろ、裁判において解釈、適用の前提となる法を、事実を考慮しながら認識する作業であ(1)った。これに対して、末弘博士においては、判例によって法が創造されている事実を率直にみとめ、解釈、適用されるべき絶対的な前提としての法規ではなく、この裁判によって創造される法を現実のものとして認識し、また予(2)測することが、民法学の重要な内容であるとの主張がなされたのであった。

このことは、リアリズムの立場と合致するものだといつてよい。⁽³⁾つまりここで推進された転換は、まさしくリアリズム的な思想を基底とするものであった。そしてこれは同時に、伝統的な、実社会を無視した、観念的な、概念操作をこととする民法学に対するはげしい批判と挑戦を意味するものだった。

しかし、ここでも、博士の描いた判例についての構想は、必ずしもリアリズムの方向とぴったり一致するものではなかった。

博士は、判例研究の目的を、つぎのように設定している。「判例研究の目的は過去の判決中に現れたる——かかる意味における——判例すなわち法規範を探究するにある。そして判例研究の効用はかかる法規範が後の同質の事件にも適用せらるべき必然性もしくは可能性あることを前提として、将来発生すべき具体的事件が裁判上いかに裁断せらるべきかにつき『予言』をなすに必要な知識を与うるにある。過去の事件が法律上いかに取り扱われたかを知ることによって、将来の事件がいかに取り扱われるべきかを知る。これこそ実用法学最大の任務であるといわねばならない」⁽⁴⁾。

ここで注意すべき点は、判例研究の目的とされ、効用とされたものが、そのまま実用法学全般についての最大の目的とされていることである。だからこれは、法学論でもあるといつてよい。

博士はまた、「法律というもの」は、「活きた複雑な事実⁽⁵⁾に適用せられつつ」、「千変万化の相を示すものである」としたうえで、「そうしてその事実につれて千変万化するゆえん、およびその変化する法則を明らかにすることが法律解釈のもっとも重要な任務である」ことを指摘している。

このような指摘は、ひとまず、リアリズム的な法学観に合致している。しかしここには、つぎのような問題が生じてくる。まず、博士の構想として、はたして実用法学が、法の変化の事実やその法則を「認識」する作業をもって、法解釈の内容としているのかどうかが問われてくるだろう。もしこれを肯定すれば、リアリズムの方向に合致し、そうだとすれば、解釈学は事実認識の学問という性格を与えられるであろう。それはまた、リアリズムにおいて⁽⁶⁾みとめられる、法についての消極主義 quietism に結びつくであろう。

だが、博士の構想を全体としてみると、そこには必ずしもこのような極端な法学観は浮かび上がってこない。なぜなら、博士の構想では、oughtの要素が排除されているとは思えないからである。博士において、実用法学は、ゾレンの要素を含めた政策学としての位置づけを与えられている。この構想においては、リアリズムのひとつの特徴をなす、いわゆる「弁護士の」な法学という性格が希薄である。⁽⁷⁾訴訟において、有利な立場にたつための「予見」という視点は明確に現れていない。つまり、こういうところで、末弘民法学は、リアリズムに徹しているわけではなく、したがってまた、伝統的な法学観とまったく袂を分かっていないとはいえないのである。そしてこれが、博士からみて、批判の対象となる態度が、その後も持続しえたひとつの理由だったと思われる。

したがって、リアリズム的な末弘民法学の役割とその限界を確かめるために、博士の構想とリアリズムの間の差異を示す諸要素を、さらに立ち入って検討してみなければならない。

- (1) 例えば、拙稿・前掲（前掲書11頁など）。
- (2) 末弘博士はつぎのように説いている。「われわれが判例研究会を作る前にも、梅先生その他によって多少は判例研究ということが行われていた。しかし、これらの判例批評では裁判の前に先ず完全無欠な法律秩序の存在することを仮説し、判例もまた学説と同じくかかる既存法律の秩序の解釈であるという見解の下にそれに理論的批評を加えるに過ぎないものが多かった。これに反してわれわれといっしょに判例研究会を作った仲間は、初めから判例は裁判官が個々の具体的事件に法的判断を与えるために、それに必要な限りにおいて法を作っていくものだという考えから出発していた」（『日本の法学』105頁～106頁）。
- (3) リアリズムの同様の発想につき、Leiter, *op. cit.*, p. 261.
- (4) 末弘「民法雑記帳（上）」（末弘著作集Ⅱ）40頁。
- (5) 末弘「法学入門」（末弘著作集Ⅰ）〔以下、「法学入門」と略記〕229頁。
- (6) 高柳・前掲書114頁。
- (7) 高柳博士は、「法を裁判所の行態として把握し、その予言に研究の目標をおくニオ・リアリズムの見方」を弁護士の法律観として特徴づけ、これについてつぎのような説明を加えている。「元来法はこれを考察する者の立場によって、異なった形相が眼に映ずるのである。一般人の見地からは、法は行動規範として映ずるであらう。そして法律哲学で問題とする法は、主としてこの行動規範である。更

に裁判官の眼からは、それは行動規範の一態様としての判決規範として、映ずるのである。そしてこの見地からの法が、従来多くの場合実定法学の対象をなし、自由法論の如きも、この見地からなされて来たのである。そしてこの見地に立つかぎり、法概念はゾルレン的色彩、倫理的（広義）色彩をもつことになるのである。しかしそこに第三の立場、すなはち弁護士の立場が登場した。……ニオ・リアリズムの法律観はとりもなほさず、この弁護士の見地からの法律観である。依頼者は法典にどう書いてあるか、どんな判例があるかの問題については、それ自体としては関心をもたないのである。自己の事件について、その理由づけはどうであらうと、裁判所がどう判決してくれるかに関心をもつのである。弁護士はそれに対して裁判所がどう判決するであらうかについて、予知することが必要である。その予言がつねに外れては、依頼者に対し、業務上その信用を失ふことになるのである。かうした立場からの徹底した理論は、この予言的法理論 prediction theory of law である。そこでは裁判所の将来の態度が関心の焦点におかれてくるわけである」（高柳・前掲書106頁～107頁）。

（2）法学における価値の要素

法学についての、伝統的な、現在もなお生きつづけている構想は、この学問を、価値の要素を重視して性格づけることであった。没価値的な認識の学ではなく、価値判断、理解、評価を本質とする学問としての位置づけは、これを自然科学や認識的な社会科学と同視することに対する強力な抵抗の要因となった。しかしリアリズムの法思想は、法学のこのような性格を払拭し、純粋に認識的な、ゾレンから切り離された学問を成立させようとしたのである。⁽¹⁾この点は、リアリズム的な方向を示す末弘博士の民法学において、どのように取り扱われていたのだろうか。

博士の法思想の全体からみると、法学を認識の学とするかのような表現もあるが、結局のところ、この学問における価値の要素が重視されているのが認められる。たとえば博士は、つぎのように述べている。「元来、法学の目的は正しき法の探究にある。正しき法を実定法上に実現することにある。換言すれば、立法の上にまた司法その他法の運用の上に正しき法を実現することこそ法学の究極の目的でなければならぬ。したがって法学の中心をなすものは実用法学としての立法学および解釈学である」。⁽²⁾また、つぎのような指摘もある。「われわれの判例評釈では何よりも先ず第一に当該の判例が如何

なる具体的事実に対する裁判として妥当であるかを論ずることがわれわれの判例研究の基本的目的であった⁽³⁾。これからすると、さきに引用した文章のうちにあった将来の事件がいかに取り扱われるべきかを知る」というとき、この「べき」は価値評価にもとづく当為を意味するものといわねばならないだろう。これは、やはり末弘民法学を、「弁護士的」法学たるリアリズムから引き離すものだった。リアリズムにおける裁判の予見は、訴訟に関して有利な結果を得るための手段としての性格をもっており、どんな裁判がなされるべきかという考慮は、問題の外におかれていたからである。

さらに、末弘博士は、後にも述べるように、実用法学が、法哲学によってその理念や指標を与えられるべきことを説くが、ここにも同様に、リアリズムの思想との差異がみとめられるといつてよい。

このようにみてくると、さらにすすんで、末弘博士の描いた法学、とくに実用法学の構想を、リアリズムの場合と比較しながら検討することが必要となる。

(1) ルウエリンがいう Is と Ought の分離はこれを表明している。Llewellyn, *op. cit.*, p. 55.

(2) 末弘「民法雑記帳（下）」（末弘著作集Ⅱ）〔以下、「雑記帳（下）」と略記〕229頁。

(3) 末弘発言（「日本の法学」106頁）。

(3) 民法学の学問的位置づけ

末弘博士の構想からして、民法学は、どのような性格をもつものとして、どのように位置づけられるのだろうか。またそれは、リアリズムの場合とどのような点で差異をみめられるのだろうか。そしてこのような法学の位置づけは、日本民法学の転換にとって、どのような意味をもったのだろうか。

博士は、従来の見解と異なり、法社会学等に対する意味で、実用法学の觀念を確立し、しかもこの実用法学の中に、解釈学のほか、立法学をも含ませ⁽¹⁾る。立法と、これによって成立した法律の解釈とを、別個の行為として峻別

していたそれまでの態度を修正したのである。この構想は、やはり、裁判が法の創造であるという理解（それはリアリズムの基礎をなす思想だった）によって可能となるものであった。

解釈がこのように把握されるとすれば、それは立法と同じく、社会関係の妥当な規制を意図しておこなうべき作業となり、政策的要素を帯びてくる。そうすると、この構想から、実用法学を一種の政策学として位置づける結論がみちびかれるのである。博士はつぎのように述べている。「その両者（立法と解釈―筆者）に通ずる科学としての本質は政策学である。立法学は一定の政治目的のために最もその目的にかなった法令を作る科学的方法を研究する学である。科学としての解釈学は、単に法令を形式的に解釈することを目的とする技術ではなくして、個々の具体的事件に妥当すべき法を創造することを目的としている⁽²⁾」。

博士の見解はたしかに、リアリズムに同調する解釈学の位置づけであるが、それとまったく同一の構想とはいえない。さきにも指摘したように、リアリズムにおいては、予見こそが重要であり、法学の科学性は、予見される裁判を実現させる因果の関係を認識するところに求められており、どのような裁判が、政策的にみてのぞましいかという考慮は、関心の外におかれているからである。予見的リアリズムの目的は、訴訟に関して有利な結果を得るところにあり、末弘博士の構想とは、その意図において大きく異なっているといわねばならない。

しかし、末弘博士の場合も、リアリズムの場合も、それぞれの目的を実現するために、心理学その他の科学の認識成果を用いるという点では共通の要素をもっている。つまり、目的実現のためにその成果を利用される諸科学と、この認識成果を用いて目的を実現する技術学としての実用法学との関係がそこに成立する。

末弘博士は、この関係からして、実用法学を、自然科学における基礎科学に対する技術学に類似するものとして位置づける。そしてこの構想は、実証主義を受容した、博士に先行する学者たちが、法学を自然科学に比較してそ

の遅れを自覚し、この学問をより科学的なものにしようと考えた、あの強い意志を継続させたものといってよい。このエールリッヒ的な意図は、博士の、立法に関するつぎの提言に現れている。「要するに、従来わが国の法令立案は、昔の刀匠がもっぱら経験と熟練と勘とによって刀剣を鍛えたと同じように、なんら科学的自覚のもとに科学的操作によって行われていない。これを工科方面の技術諸科学が、もっぱら物理学・化学等自然科学によって得られた自然に関する科学的知識を基礎として科学的に技術文化の創成に務め、また臨床医学が、もっぱら基礎医学的探究によって得られた科学的知識を基礎としつつ疾病に対する対策を科学的に案出せんと努力しているのにくらべると、すべてがはなはだしく非科学的だという感じを禁じえない⁽³⁾」。こうして博士は、実用法学を、たとえば基礎科学に対する「工学」類似のものとして位置づけるのである⁽⁴⁾。

判決の予測を目的とするリアリズムにおいても、予測が諸科学によって得られた認識成果をもちいておこなわれるとすれば、同様の図式がみとめられることになるだろう。だから末弘博士の構想との差異は、目的設定の態度、目的のもつ意義の違いということに帰着する。政策学の場合は、適切な社会規制という価値との関係において、公的利益が基準となるのに対し、リアリズムの「弁護士の」視点においては、基準がいわば私的な性格を帯びるところに、差異がみとめられるのである。

公的利益の実現を意図して基礎科学の利用を考える場合は、なにが適切な社会規制であるかを判断し、評価するために、哲学的な価値基準の設定が問題とされるのに対し、私的利益の実現の場合、それはとくに問題とならない。むしろ哲学的な価値の考慮は無視され、したがって、そこに構想される技術学は、科学性を純化させることになる。

現に、末弘博士は、「工科の技術的諸科学と理科の基礎的科学との関係」や「臨床医学と基礎医学との関係」に対応させる場合、実用法学に対する基礎学のうちに、法史学・比較法学・法社会学などと並べて、法哲学をあげて⁽⁵⁾いるが、このことは、実用法学が、自然科学的な技術学にくらべて、むしろ

質的な差異をもつことを承認していると考えられるのである。なお、ライターが、リアリストたちの理論的成果が、その哲学的根拠づけや整理の不足によって妨げられてきたのを指摘しているのは、大変興味深いことである。⁽⁶⁾

- (1) 末弘「法学入門」187頁—188頁。
- (2) 末弘・同書187頁—188頁
- (3) 末弘・「雑記帳（下）」229頁。
- (4) 末弘・同書188頁—189頁。
- (5) 末弘・「法学入門」188頁。
- (6) Leiter, *op. cit.*, p. 261.

(4) 法規の取扱い

リアリズムの立場からすると、裁判官は、實際上、事件に現れた「事実」に動かされて判決をおこなうものとされる。法規が要求しているために、そのような判決がみちびかれるわけではない。これはまた、末弘博士の法理論を特徴づける発想であった。博士は、裁判による、事実 に即した法の創造を説き、したがって、まず法規を形式的に解釈し、それを適用して、事実の要求を無視する規制を実現することを強く非難した。いわゆる概念法学的な方法に対する批判は、このリアリズムの思想に結びつくことによって、きわめて強烈なものとなった。ここに、博士の概念法学批判の特徴をみいだすことができるだろう。

しかし、それにもかかわらず、概念法学的な方法に対する批判、反省は、その後も長く日本の法学界の問題として残された。来栖教授の戦後における問題提起もこの反省に関係していた。また、末弘博士自身、前述のように、批判の対象とした方法が依然として存続していること、博士の提唱した方法がかえって後退したことを嘆いている。この現象がいったいなにを意味したのか、どんな状況にもとづいていたのかについては、なお探究の必要があるが、ここでは、そのひとつの要因として、博士のリアリズム的構想における、法規の取扱いに潜む問題をとりあげることになる。

末弘博士も、判例研究における法規の操作の意義をまったく無視している

わけではない。それは、つぎの指摘をみても明らかである。「すべての裁判は既存法律秩序全体との調和を考慮と与えられなければならないこと勿論であるから、われわれの評釈においても成文法規との論理的関係、既存判例との調和関係を軽視しなかったこというまでもないが、もっとも重きをおいたのは、裁判を以て具体的事件について法が作られてゆく過程であると考え、その立場から如何なる法が定立されてきたかを究明するにあつた」⁽¹⁾。してみると、博士は、法規の操作と法創造の過程の究明とを併存させ、両者の関係を比重の問題としてあつかっていたといつてよい。⁽²⁾そして、裁判官にとっても、實際上、具体的事件について法創造をおこなう場合にやはりその前提として法規を認識し、論理的な運用を考慮し、全体的な秩序のなかに位置づけるというような操作を省くことはできなかったはずである。このことは、裁判によって法が創造されている事実とは別に、やはりひとつの事実として承認される場所であつた。また、末弘博士も、法規がそのまま適用されて、⁽³⁾裁判による法創造の必要がない場合をみとめているが、この場合には、法規のもつ独自の機能を容認することになるし、これを認識する作業の独自の意義を承認しなければならないだろう。しかも、このような場合は、全体的にみて、けつして少なくないと考えられるのである。また、法の先端的事務に従事する人々にとって、裁判の予測だけでなく、法規の認識は決定的な重要性をもつはずであつた。

法規そのものの認識、その整序や体系化などの作業は、従来、法学の中核的内容と考えられてきたものであり、この作業の重要性は、いまなお⁽⁴⁾けつして否定されていない。ただ、こういう作業が、概念法学と呼ばれる方向をたどり、社会の実情から孤立して、不当な規制を実現することが批判されてきたにすぎない。だから、いわゆる概念法学の批判は、法規の認識や体系化などを内容とする学問（その性格は問題だが）そのものを否定し去つたとはいえないのである。そうだとすると、民法学の中核をなすとされたこの部分が末弘博士の構想においてどのような位置づけを与えられていたかが問題となってくる。これがリアリズムの強調にもかかわらず、なお法学の内容として

独自の地位を持続したとすれば、この領域において、依然として伝統的な方法が温存される可能性があり、また、解釈の方法などをめぐる論議や反省が繰り返されてきた事情も納得がいくだろう。

法規自体の認識、体系化などが、依然として法学の内容をなすことがみとめられるとすれば、これはやはり、実用法学のうちにその地位を占めることになる。そうすると、この事実、リアリズム的な法学の構想にも、影響を及ぼさずにはおかないのである。

まず、末弘博士が構想した、自然科学的技術学に対応する実用法学の位置づけ、すなわち基礎科学に対する「工学」類似の学問という把握について、問題が生じてくる。なぜなら、従来解釈学と考えられてきた学問の内容は、裁判の予測とか、判決における法則認識とかいうものとは違い、工学類似の学問としての実用法学のイメージを妨げるものとして現れてくるからである。

また、裁判の予見に重点をおいたリアリズム的な法学の構想からすれば、従来、解釈学の内容とされてきた法規自体の認識や体系化などの作業を、法学のどこにどのように位置づけるかという困難な問題が生じてくるだろう。

このような状況にあったとすると、リアリズム的な実用法学の形成の試みは、なお十分に従来の民法学の構造を転換させたとはいえないことになり、この事情がやはり伝統的な民法学の持続を許していたといわねばならないであろう。

結局、リアリズム的な法学にとっての問題は、非リアリズム的な法学との関係をどう処理するかということであった。いまみたように、前者を強調して後者を無視し、これを不明確な状態に放置することは、かえってリアリズム的な法学が批判の対象とした方法の併存と自己主張を許すことであった。

この問題の解決としてとられてきたひとつの方法は、リアリズム的な法学をも含めて、法学にさまざまな側面のあることをみとめ、法学をこれら諸側面を総合したものとして構想することであった。

この態度は、高柳賢三博士のつぎのような見解のうちに、よく現れているといってよい。「法を予言の基礎とみる、いわゆる弁護士の理論にもある重

要な法の側面を照すものがあるが、それは他の見方すなはち一般人の行動規範としての法、判事の判決規範としての法の可能性が、排除せらるべきではない。法規は行動規範なりや、判決規範なりや、はたまた予言資料なりやが、争点としてポレミックの題目とせらるるよりも、むしろ法にはそれらの側面⁽⁵⁾のあることの理解が、より重要である」。

このような把握はきわめて常識的な結論といえるが、ひとつの問題を含んでいる。それは、法学の性格、その位置づけという点からみた場合、各側面は併存するというよりも、互いに他を排斥する要素をもつということである。法がこれらの側面をもつことは確かであるが、どの側面に焦点を合わせて法学を構想するかによって、学問的な性格や位置づけは大きく変わってくる。逆に、すべての側面を平等にあつかって構想される法学の性格は、きわめて漠然とした、不明確なもの、理論的に意義の小さいものとなってしまうだろう。いいかえれば、構想される法学の性格によって、これら側面の位置づけは、大きな差異を示すことになるのである。

リアリズムは、たしかに、新たな法学像を提示した。そしてわれわれがそれを承認する以上、他の側面を重視する法学像との総合や円満な併存に満足すべきではなく、きびしい法学像の転換要求がつけつけられたことを自覚すべきである。もしこの要求を徹底して受け止めることなく法学を構想しようとするとき、それは他の側面を重視する法学像をも、不明確な状態に放置することになるだろう。

(1) 末弘発言（『日本の法学』106頁）。

(2) 末弘博士は、「表面上単に法規を解釈しているようにみえる場合でも、実は法の創造が行われている」としながらも、「創造を必要としない場合ははじめから解釈を要せずして法があきらかな場合にほかならない」ことをみとめている（『法学入門』188頁）。

(3) 末弘博士も、法典研究の意義を否定するわけではなく、その重要性について、つぎのように述べている。「無論私は法典の精細な研究を不用なりと云ふのでもない。唯此等の裡に没頭して実生活を直視することを忘れ、徒に『概念』と『論理』とを弄むで我が現行『法律』を説き得たりとする在来の傾向を以て全然不可なり

とするのである」（末弘「物権法〔上〕」の自序6頁）。もっとも、博士の解釈においては、当時の他の学者に比べて、法規と結論の論理的な対応よりも、社会の実情や、実質的な妥当性などが、論拠として重視されているのは事実である。たとえば、特殊の物権の関係を慣習法的に成立させる問題（同書41頁—42頁）などにその態度が現れている。

（4） 筆者は、民法典の規定の説明などが、民法学上どのような意味をもつかを問題として提起した（拙著「思想の中の民法学」202頁—203頁）。

（5） 高柳・前掲書114頁。

（5） 法学教育

法学教育の問題は、当然に法学のあり方、その位置づけの問題と、不可分に結びついている。逆に、法学をどのようなものとして構想するかは、自ずから、法学教育のあり方を決定してくることになるだろう。リアリズム法学の場合にも、それに対応する教育のあり方が考えられてくるはずである。したがって、法学教育のあり方と十分に対応しない場合、その法学のリアリズム的性格も不徹底となる。

末弘博士は、その法学論のなかで、随所に法学教育の問題に触れている。というよりも、法学教育は、博士の法学論そのものとして、重要な地位を与えられているのである。そこで強調されているのは、法的な思考方法の養成であり、ケース・メソッドの重要性である。法規の認識や運用の論理に対する、より自由な法的思考の訓練を、法学教育の中心に据えようという主張である。⁽¹⁾これがリアリズムの思想に対応するものであることは、容易にみとめられるだろう。

博士の説く、裁判による法の創造という事実からして、その任にあたる裁判官は、妥当な法創造をおこなうべき能力を要求されることになる。実定法規やその解釈に関する諸学説の知識とか、概念構成の力量とかいうものに比べてこの法創造の力が、とくに重視されるわけである。また、法の創造において考慮されるべき社会科学等の学習も、その重要性を増すことになる。これに対し、「弁護士の」リアリズムにおいて、裁判による法創造という事実の認識は同じであっても、法学教育における法創造のための能力養成の比重

は小さくなる。裁判を予測する力量こそ重要であり、そのために、この判断をみちびく諸科学の学習のもつ意味は、圧倒的に大きくなるはずであった。前者においては、ゾレンの要素が重要性をもつのに対し、後者にあっては、その意義が消え失せる。

末弘博士のような法学教育のあり方に対応する法学像は、それゆえ、ひとまず、科学的な認識成果と法創造（法規範の定立）とを結びつける、技術学（的科学）の性格を帯びるが、同時に、価値を含み、実践を直接の対象とする修業、訓練の学問という性格をも濃厚にもつことになる。一方、弁護士のリアリズムの場合、その目的はきわめて実際的なものだが、これに応ずる法学は、価値から隔離され、厳密に原因と結果のつながりを認識する自然科学類似の学問たる性格を与えられるのである。したがってここにも、法学教育の構想に対応する末弘民法学のなかに、伝統的法学の要素が残存する余地のあることがみとめられるであろう。同時に、法規の認識や適用についての訓練の比重が小さいことは、伝統的法学の側からの、末弘民法学に対する抵抗を大きくしたことが考えられるのである。

高柳博士は、ここでも、正面からリアリズムにおける法学教育をとりあげ、つぎのように述べて、リアリズム的教育とあるべき教育の内容とを対照させる。「もしもニオ・リアリズムの方法が法学教育において支配的地位を占めた場合には、歴史学派の理論と分析法學ないし純粹法學的法学教育が、そこで支配的となった場合と均しく、法消極主義 *juristic quietism or pessimism* の危険がそこに潜むことになるう」。「かくいふことによって、歴史と、理論的分析と、法社会学の価値が否定されるわけではない。ただ実践は総合的な判断に基づかなければならないのである。そして将来法的実践に従事する人物の養成が法学教育の目標であるかぎり、大部分の科目は法の理想的要因と、法規的要因と、現実主義的要因とが一つの技術 *ars boni et acqui* のうちに折り込まれた形で、教えられなければならぬのであらう。それが永い伝統をもつ『法律学』の道程なのである。法学教育の目的はやはり Oliver Wendell Holmes の如き人物を養成すべきで、リアリズム的研究のみによっ

て育てられるであらう名探偵家 Sherlock Holmes の如き人物を養成するのでは不十分である。ただかかる総合的法律学の建設について、ニオ・リアリズムの傾向によって刺激さるる現実主義的研究は、その重要な基石をなさねばならぬのである」⁽²⁾。

ここにいう総合的法律学は、したがって、さきにも述べたように、技術的、実践的な性格をもち、法律家の養成、訓練を重視する学問となる。それは、末弘博士が描いた自然科学的技術学とはかなり性格を異にするものであるが、しかし同時に、博士の法学教育の構想も実はこれと同様なものとして理解される面をもっていた。そして、ここにも、末弘博士のリアリズム的な法学転換のプランが、高柳博士のいう「伝統的な」法律学との併存を許した事情が読み取れるであろう。

なお、末弘博士は、提唱したケース・メソッドが、十分に実を結ばなかったことに遺憾の意をあらわしているが、さきにも述べたように、もしこの教育方法が、体系的な実定法の学習を前提としていなかったとすると、たしかにその普及は困難だったといえるだろう。それは法的思考の訓練という意味をもってはいるものの、技術学としての法学の学習という性格はもちえないであろう。このような方法は、機械工学の学習を、体系的な機械の知識なしにおこなうのと同様だからである。そうでなければ、思い切って、法学を実践行為そのものを学ぶ、あるいは法的精神を訓練する実学として位置づけるほかないことになるだろう。

(1) 末弘博士は、つぎのように述べている。「もしも法律学研究の究極の目的が法律的な物の考え方の訓練修業にあるとするならば……」（『日本の法学』107頁）。ここでは、法学の教育、法律家としての訓練が、法律学という「学問」の「研究」の目的とされていることがとくに注意されるべきである。もしそうだとすると、法学は、高度に実学的な性格を与えられることになる。なお博士は、別のところで、「法律学のように先ず第一に法律的思维の修練をさせねばならない学問」というようにも表現している（末弘「法学入門」31頁）。

(2) 高柳・前掲書114頁—115頁。

(3) 末弘「法学入門」31頁—32頁。

4 リアリズムの法思想と日本民法学

以上述べてきたところからもうかがわれるように、アメリカ法思想としてのリアリズムが日本の民法学の展開にとって、どんな影響を及ぼし、どんな意味をもちえたかの結論は、必ずしも簡単なものではない。だが、この思想が果たした役割は、デュギー的な実証主義の場合とかなり似通ったものであるように思われる。

日本の法学界に大きな刺激を与えたデュギーの法思想は、その過激さ、極端さ、実用法学への直接の適用についての問題性のゆえに、そのままの形で全面的に受け入れられることはなかった。しかしそれにもかかわらず、実際に、もっと穏健な形で、部分的に、十分に意識されないところで、日本民法学の中に浸透し、その転換を推進した。この理論に対する激しい批判はあったものの、法解釈における社会的事実の尊重や、法規の中に閉じこもる観念的な解釈への反省など、現在の民法学において常識とされている思考を育んでいった。そして末弘博士のリアリズム的な構想も、こういう方向に接続していたのである。

このようなプロセスは、伝統的な法学像をも温存しながらのものであり、デュギーの提起した真の問題は徹底されることがなかった。しかし、法学についてのもっと徹底した反省やその再構成の課題との対決は、新思想を究極まで追及してみることによってのみ遂行されるはずであった。つまり、民法学の実証的な学問としての進展は、「この点は参考になるが、他の側面も重視しなければならない」という考慮によって阻止されたのである。それはしばしばおこなわれる新思想の批判、摂取のパターンであった。新たな思想と不可分に結合した伝統的法学への挑戦の抑制であった。この態度は、とくに実用法学の性格、学問的な位置づけについての基本的な問題を回避し、従来の構想をもって満足する結果をもたらした。

リアリズムの場合にも、この事情は変わっていない。この法思想は、法の認識、法学のあり方などについての構想からして、従来承認されてきた実用

法学そのもののあり方に対する、根本的な反省を促し、その転換を要求するはずであった。しかし、結局のところ、その主張の中の、裁判官の法創造という事実の容認、法の不確定性についての自覚、裁判に適用されるべき法規の評価の訂正、概念操作による法運用の批判と事実の尊重の強調などの成果が、比較的抵抗なしに受け入れられ、今日の常識として定着した。しかし、より基本的な部分—しかもこれらの主張と不可分に結びついていた—は、十分な究明なしに取り残された。

たとえば末弘博士の所論においても、裁判の予測の取扱いの法学的な意味は、必ずしも明確にされているとはいえない。博士が構想した「工学」的な位置づけを与えられた実用法学の自然科学的な性格づけにも、多くの問題が残されている。

しかし、リアリズムの法思想は、たしかに新しい法学像形成の可能性をもっていたといってよい。リアリズム（いわゆる弁護士の法学としての）の立場からすれば、「実用」の意味はきわめて明白であった。それは法実務（とくに訴訟）において、有利な地位を取得することであった。そしてこの目的のために、裁判の予測が必要になるが、それは、ある目的—病気の治療とか、よい機械の作成とか、堅固な建物の築造とかに該当する—のために必要とされるのである。ところで、裁判は、法規の単なる適用でなく、裁判官の心理等によって実現するのであり、そのために、法則的な予測が可能になる。だとすれば、このプロセスを科学的に研究し、その法則を認識し、この認識成果の適用によって、予測が可能となるという図式が成立するのである。ここには、基礎学と技術的科学との関係が、きわめて徹底した、純粋な姿でみとめられることになるのである。

だが、実用法学に同じような地位を与えながらも、この徹底した構想は、日本の民法学に根本的な転換を迫ることがなかった。末弘博士も裁判の予測を重視し、そこに作用する法則の認識を実用法学の目的とさえいい切ったが、それが従来の実用法学とどのような関係に立つのか、これのみが実用法学の性格、内容として考えられるのかについては、必ずしも明確な解答を与えて

いない。それは、従来の実用法学への挑戦や、その転換を意味していないのである。つまり、実用法学を認識の学に徹底させているわけではない。法規の理論的な体系化など、概念法学以来の作業を排除せず、またそれを明確に位置づけているともいえない。

こうして、リアリズムの主張の意義をみとめ、観念的な、社会の実情無視の態度を修正するとしても、従来考えられてきたような実用法学は、基本的に温存されることになる。

一方、いわゆる概念法学が保持していた概念構成などの作業の学問性は否定されずとも、これに代わるべき実用法学の学問性の処理は、依然として、というよりも、かえって混沌とした状況に陥ったのである。末弘民法学が、新たな法学像を提示しようとしたにもかかわらず、他の点で、結局それほど根本的な変革をもたらすことなく、博士自らがみとめるように、なお伝統的な法学の併存を許し、来栖教授の指摘に衝撃を受けるような状態を持続させた原因のひとつは、ここにあったものと思われる。

5 残された課題—結語に代えて—

末弘博士によって推進されたリアリズムの特徴を帯びた法学理論は、日本の民法学に対して、ひとつの時代を画する転換をもたらしたが、それは完全に新しい発展の段階を作りだしたわけではなく、伝統的な民法学はなお、新たな法学像とともに併存したことが、いままでみてきたとおりである。しかしこの新たな段階に影響を与えたリアリズムの法思想は、末弘理論とともに、これからの日本の民法学に対して、さまざまな問題を提起し、将来に課題を残した。そしてこのような課題のひとつは、リアリズムの特徴をなしたあの「弁護士的」法学の視点を、民法学のなかで、なんらかの形で処理していくことだと思われる。この場合、つぎのような問題が考えられるだろう。

リアリズムの法思想は、いわゆる弁護士的法学という視点を提示したが、民法学としては、弁護士にとどまらず、先端的法実務家と呼ばれるべき人々について、この学問がもつ意味を再考してみる必要がある。⁽¹⁾ さきにも述べた

ように、実務の先端において法の操作にたずさわる人々の行為を類型的にみると、価値の学問として性格づけられた法学像が、ここにしっかりとあてはまらないことが分かる。これに対して、末弘博士が構想したような、社会科学の成果を利用する技術学としての実用民法学は、この人々の行動類型に適合するかに思われる。しかしこれも困難である。なぜなら、自然科学的技術の場合には、先端的な技術行為も、すべて基礎学の認識した法則によって支配されており、したがって、この法則を利用する技術学の教えるところに則っておこなえば、より効果的に目的を実現することができるのに対し、法実務の場合は事情が異なるからである。すなわち、法実務において、技術学に該当する実用法学は、同様の機能をもちえない。実務上の目的実現は、立法や解釈の効果についてみとめられる法則の認識やその利用と直接関係がない。またこの法則を認識し、利用することによって、より効果的に実務の目的が実現するということも考えられないのである。⁽²⁾ そうだとすると、これら法実務家の行為を考慮にいれた場合、末弘博士のいう「工学」に対応する学問としての実用法学の位置づけも、貫徹できないことになってしまう。したがって、エールリッヒの場合がそうであったように、末弘博士のこの位置づけは、実は問題の出発点にすぎなかったことになるのである。

リアリズムにおける弁護士の法学は、たしかに、ある意味において、実用的目的に奉仕する法学の科学的技術学としての性格づけを徹底させた。それは、裁判の予測を実用的目的として設定し、この裁判がさまざまな要因によって法則的に実現する事実をみとめれば、基礎的科学の認識成果を適用して、予見という実的な目的が達成されることになり、科学的技術学としての実用法学の位置づけが、厳格な形で可能となるのである。しかし、この構想は、実務家を弁護士に限定し、実用目的を裁判の予見だけに絞るという前提によって、はじめて可能となる。したがって、広く法実務家一般を対象にした場合は、このようなすっきりした技術学の構想は維持できないのである。さらに、リアリズムの構想したこのような学問が、はたして「法学」のうちに含まれるかどうかについても問題があるといわねばならないだろう。⁽³⁾

実用法学の目的を、先端実務における裁判の予測に限定することは困難であり、その目的は、やはり、法規範の定立（立法・解釈を含めて）におくべきである。また、法実務家を考慮しようとするとき、弁護士に限らず、その範囲を広げて、法学との関係を検討しないと、重要な実務の領域を問題の外に取り残してしまうことになるだろう。そして、広範囲な法実務家について考えた場合に、科学的技術学としての実用法学の構想がこれに適合しないとすれば、潔く、これらの人々の実務的行為を、科学的技術学の構想から切り離すことを考えてみるべきであろう。一方、先端的な法実務と実用法学の関係⁽⁴⁾を、あらためて構想しなおしてみることが必要となるだろう。

われわれは、こうして、リアリズム法学と正面から対決するとき、なんらかの形で、これまでとは違った実用法学像の構想に取り組まなければならないことになるが、これはまさしく、この法思想が提起した将来の課題といえるべきである。同時に、この課題に立ち向かうことは、末弘博士のリアリズム的な立場からの問題提起が、当時の日本民法学の転換についてもった意義の再検討をも意味するであろう。

- (1) この問題につき、拙稿「民法技術学の構想について（二）」国土館法学29号180頁—181頁。

なお、ここにいう先端的法実務家のうちには、法律家としての弁護士のほか、司法書士なども含むし、さらに会社の法務部のメンバーなどをも包含する。この範囲を決める基準は、ひとまず、その行動類型として、特定人の私的利益の実現に関する業務に従事することとしていいであろう。誤解を避けるために付言しておくが、これは行動類型を基準としたものであり、この人々が実際に公的な価値を尊重しないというような意味では決していない。

- (2) 拙稿・上掲論文（上掲書180頁—181頁）。

- (3) リアリズムにおいて、裁判の予見の学問は、心理学その他の社会科学の一分野となる可能性があることにつき、Leiter, *op. cit.*, p. 264.

- (4) 筆者は、上掲論文において、民法学における体系構築が、法実務能率化のための手段提供という意味をもつものとした（上掲書181頁）。